

## **LA CONCEPCIÓN DUALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE GREGORIO PECES-BARBA**

RAFAEL DE ASÍS ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Uno de los temas que caracterizan la obra de Gregorio Peces-Barba es, como es bien sabido, el de los derechos fundamentales. La contribución de este profesor al estudio teórico de los derechos (y, también, a su satisfacción real), es de sobras conocida, como lo es también la consideración de que se trata del principal exponente de una propuesta conceptual y justificatoria comúnmente denominada como modelo dualista. Pues bien, en estas breves páginas, me detendré en el examen del planteamiento dualista de Peces-Barba.

Como han señalado numerosos autores<sup>1</sup>, el dualismo es una propuesta metodológica para el estudio de los derechos. El modelo dualista es denominado así por tomar en consideración dos perspectivas de los derechos a la hora de concebirlos y justificarlos: la ética y la jurídica<sup>2</sup>. En este sentido, reúne a aquellas posiciones que vienen a afirmar que toda reflexión sobre los derechos, que quiera ser capaz de dar cuenta de éstos en su integridad, deberá integrar razones éticas y jurídicas. Dicho de otra manera, el discurso de los derechos se desenvuelve tanto en el ámbito ético como en el jurídico.

---

<sup>1</sup> Vid. por todos DE LUCAS, J.; "Algunos equívocos sobre el concepto y el fundamento de los derechos", en J. BALLESTEROS (de.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid 1992, p. 15.

<sup>2</sup> F.J. Ansuategui habla, en idéntico sentido, de perspectiva filosófica y perspectiva jurídica. Vid. ANSUATEGUI ROIG, F.J.; *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 2, Dykinson, Madrid 1997, p. 19.

Los derechos se conciben, en el dualismo, como instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral. No cabe hablar así de derechos cuando no es posible aportar razones morales que sirvan para justificarlos. La consideración de los derechos como instrumentos justificados éticamente convierte el discurso de los derechos en un discurso complejo (empapado de todos los problemas de los discursos morales), pero al mismo tiempo, sirve para dotar de fuerza y consistencia a los derechos.

E, igualmente para el dualismo, los derechos son instrumentos que se apoyan y que necesitan del Derecho, en el sentido de que no cabe hablar de ellos si no encontramos referentes jurídicos que los soporten o, si se prefiere, si no podemos aportar razones jurídicas que sirvan para justificarlos. Y esta relación entre los derechos y el Derecho, de nuevo, suministra complejidad al discurso de los derechos, ya que supone, al menos, defender una determinada concepción del fenómeno jurídico y asignar un papel en su interior a los derechos.

Ahora bien, el modelo dualista en Peces-Barba utiliza junto a esos dos referentes otras dimensiones esenciales para su comprensión: la historia, el Poder político y el ámbito social.

En efecto, un concepto integral de los derechos exige, según G. Peces-Barba, contemplar a estos también como realidades sociales. Así sólo cabe hablar de derechos cuando se trata de pretensiones morales justificadas (esto es que poseen una justificación ética), incorporadas al Derecho (reconocidas en alguna norma perteneciente al Ordenamiento) y susceptibles de ser eficaces (esto es, pueden ser satisfechas por el Derecho dada la realidad social). Estos tres ámbitos de reflexión, estrechamente comunicados, pueden, en las posiciones de G. Peces-Barba, ser ampliados por un cuarto, identificable como ámbito político (mediación entre lo ético y lo jurídico).

Conviene advertir como, en realidad, la utilización de las tres perspectivas en los últimos trabajos de G. Peces-Barba, ha servido para caracterizar su teoría sobre los derechos como trialista o tridimensional. La concepción trialista o tridimensional, exige tener en cuenta esa tercera dimensión conectada con la realidad social<sup>3</sup>. En este sentido se afirma que para hablar de un derecho fundamental no

---

<sup>3</sup> Vid. PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 101 y ss.

sólo es necesaria la justificación ética y la incorporación al Derecho sino también la efectiva posibilidad de satisfacer su contenido.

Esta atención a la dimensión social, le ha servido a nuestro autor, para justificar las “desfundamentación” de, al menos, dos derechos: el derecho de propiedad y el derecho al trabajo. Y ello aludiendo situaciones de escasez que imposibilitarían la satisfacción universal de estos derechos.

La visión trialista llama la atención sobre un aspecto relevante de los derechos. Sin embargo no hay razón para diferenciarla de la dualista ya que esa dimensión social puede estar presente bien en el ámbito ético, bien en el jurídico. En efecto una pretensión imposible de satisfacer puede no estar justificada, al menos desde un punto de vista social, y de igual manera si esa pretensión es imposible de garantizar desde el Derecho, tampoco parece que pueda ser incluida en esta categoría. La cuestión afecta de lleno a los límites que incorpora el modelo dualista en relación con el concepto y justificación de los derechos. Estos límites pueden ser formales y materiales. Los límites formales hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de incorporación al Derecho, es decir, de ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). Los límites materiales hacen referencia a la posibilidad material de que a través del Derecho se satisfagan los bienes o necesidades que están detrás de los supuestos derechos. El problema de la escasez sirve para caracterizar de forma general estos límites. Así, en virtud de los límites materiales no cabría defender la existencia de un derecho fundamental que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón, por ejemplo, de la escasez. Ahora bien, este tipo de límites no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda la ética y la jurídica. Al contrario parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético. Por otro lado, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente avalorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural<sup>4</sup>. Así por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en

---

<sup>4</sup> Vid. FEHER, F.; “El socialismo de la escasez”, trad. de S. Alvarez, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, p. 64. También ANSUÁTEGUI, F.J.; “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos”, en *Estado & Direito*, n. 7-10, 1991-92, pp. 147 y ss.

titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto derecho a no contraer nunca una enfermedad. Los límites materiales expresan una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural. Desde estas observaciones, los ejemplos a los que alude Peces-Barba, a saber, el derecho al trabajo y el derecho de propiedad, no son susceptibles de integrar en estos límites. En efecto, la no generalización del trabajo y de la propiedad no son originadas por una escasez natural. Parece más bien, que detrás de esa falta de generalización se sitúa algún otro bien que es considerado como más relevante y que produce la falta de justificación ética o su presencia en relación con estos derechos. Así por ejemplo, puede afirmarse que desde un punto de vista ético la libertad y el trabajo sean bienes a proteger. Ahora bien, y siguiendo en este plano, pueden aparecer problemas a la hora de generalizar ambos bienes de manera que nos veamos obligados a optar por alguno de ellos, lo que conllevaría a su vez a negar la justificación del otro por su imposible generalización. El razonamiento parece impecable, pero lo que hay detrás no es una escasez natural sino un problema de elección.

Un ejemplo servirá para ilustrar la reflexión. Imaginemos un planeta, en el que el 60% de su población fuesen mujeres y el 40% hombres. Un supuesto derecho a contraer matrimonio (que estuviese justificado éticamente) no sería problemático y podría ser generalizable. Sin embargo, si que habría dificultad en relación con un derecho de este tipo siempre y cuando estuviese prohibido el divorcio, un segundo matrimonio y el de personas del mismo sexo. Ahora bien, no cabe afirmar aquí que esta dificultad es motivada por la escasez, o al menos sólo por ella. Más bien, lo que hay aquí es una escasez producida, entre otras cosas, por una serie de principios que condicionan ese supuesto derecho. Realmente, la escasez natural existiría en relación con un supuesto derecho de las mujeres a contraer matrimonio con personas no casadas nunca y de diferente sexo.

Por otro lado, para G. Peces-Barba, la comprensión de los derechos no puede hacerse prescindiendo del análisis racional de su historia. Estos dos polos han sido los que han definido su marco de análisis de los derechos, dejando a un lado las posiciones que reducen su investigación a alguno de ellos.

La importancia de la razón es consecuencia de la exigencia de aportar razones morales y jurídicas a la hora de plantear una concepción de los derechos; la relevancia de la historia surge como consecuencia de una suerte de relativismo mínimo que caracterizaría el

pensamiento de nuestro autor y que se traduce en la contextualización histórica de las propuestas morales.

De esta forma, la historia y la razón son, para Peces-Barba, dos dimensiones necesarias para entender el “por qué” y el “para qué” de los derechos. La utilización de criterios racionales para entender a los derechos como pretensiones morales justificadas se hace sobre una base histórica, esto es, desde una razón situada en la historia.

El estudio histórico de los derechos permite descubrir las racionalidades parciales que, unidas, permiten justificar la idea integral de los derechos. Desde este estudio comprobamos como el desarrollo de la dignidad humana está irremediabilmente conectado a cuatro valores (libertad, igualdad, seguridad y solidaridad), que se presentan como el fundamento de los derechos.

Pero el análisis histórico aporta también elementos para estudiar el “para qué” de los derechos, su papel como instrumentos que sirven para limitar al Poder, pero también para compartirlo y para exigir de él una actuación promotora de los derechos.

La historia sirve para entender los derechos como fruto de luchas y tensiones y como respuesta a una serie de problemas contextualizados geográfica e históricamente. Además sirve para comprender la idea de sujeto moral que acompaña a la justificación de los derechos, y por tanto para demostrar como esta idea se ha ido configurando respondiendo a las cuestiones de la universalidad y la igualdad. Por último, se trata, en todo caso, de un referente a la hora de atribuir significado a estos instrumentos. El marco moral y jurídico en el que se sitúan los derechos y el propio significado de estos, están situados en la historia y sólo se entienden si se contempla y se estudia una determinada forma de concebir una serie de cuestiones éticas y jurídicas en la historia de la humanidad.

Por su parte, la reflexión sobre el Poder político surge de la exigencia de juridificación pero es observable también desde la atención a la historia y se ve condicionada por la reflexión moral que acompaña a los derechos. En este sentido, la atención al problema del Poder político es consecuencia del papel que este desempeña dentro de una determinada manera de entender la relación entre la moral, el Derecho y la Política.

Así, otro de los referentes de la concepción de Peces-Barba sobre los derechos, es el Estado de Derecho, entendido como Estado social y democrático de Derecho. La historia de los derechos ha culminado con esta fórmula política desde la que es posible describir su concepto integral y que es el marco político en el que se inserta su visión.

Para Gregorio Peces-Barba los rasgos del Estado de Derecho parecen expresar la conexión interna entre Derecho y Poder y, en definitiva, la idea de la limitación del Poder por parte del Derecho a través de una serie de principios de organización. Se trata de exigencias que racionalizan la fuerza del Poder y cuyos rasgos principales son: separación funcional de poderes y gobierno de las leyes. Ahora bien, el tratamiento de G. Peces-Barba resulta de enorme interés ya que permite diferenciar entre un planteamiento del Estado de Derecho que, independientemente de presentarse en un sentido descriptivo establece una conexión aleatoria o contingente entre esta fórmula y la moral, y un planteamiento que posee un sentido claramente prescriptivo y que se caracteriza por establecer una conexión cierta o necesaria con la moral.

Seguramente, la clave para entender el modelo de Peces-Barba se encuentre en el siguiente texto, tomado de su *Ética, Poder y Derecho*<sup>5</sup>: "...cuando se utiliza el concepto de Estado de Derecho se usa en dos sentidos diferentes, uno genérico, que supone un juicio de hecho y otro específico que supone un juicio de valor. En el primer sentido todo Estado es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho. O planteado de otra forma, todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre organiza la vida social por medio del Derecho. En ese primer sentido un Estado totalitario es un Estado de Derecho, y se puede afirmar el hecho de que no cabe un Estado sin Derecho. En el segundo sentido se prescribe un determinado tipo de Estado, que es el liberal social y democrático de Derecho, que ha incorporado los valores de la ética pública ilustrada, como moralidad política, y que solo con esos rasgos es Estado de Derecho. Supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y sólo se predica de ese tipo específico de Estado. Muchas veces, las disputas sobre este tema derivan de que se usa el concepto de Estado de Derecho, desde esos dos puntos de vista"<sup>6</sup>. Como él mismo señala, "la aproximación prescriptiva supone optar entre todos los modelos posibles por el que se

---

<sup>5</sup> PECES BARBA, G.; *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, p. 95.

<sup>6</sup> Y en otro trabajo, refiriéndose al punto de vista interno de la relación entre Derecho y poder, escribe: "Aunque este punto de vista interno existe en cualquier contenido que tenga el poder y el Derecho, porque todo sistema jurídico regula de una u otra forma el uso de la fuerza, y estamos de nuevo en el ámbito descriptivo, sólo en este tipo de relación, poder democrático-Derecho, se produce la adecuación para que el Derecho positivo, regula y abarque el poder. Es el Estado de Derecho, ideología para la estructura y función del poder, paralela a la de los derechos fundamentales", *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 328.

considera más deseable, más justificado, más adecuado para alcanzar determinados objetivos”<sup>7</sup>.

Pues bien, a la vista de lo anterior, parece que desde un punto de vista descriptivo Peces-Barba utilizaría un modelo restringido de Estado de Derecho, mientras que desde un punto de vista prescriptivo utilizaría un modelo exigente, siendo este último punto de vista, por otro lado, el que prefiere utilizar<sup>8</sup>. El modelo prescriptivo de Peces-Barba, identifica Estado de Derecho con Estado social y democrático de Derecho, es decir, un Estado limitado por un sistema jurídico en el que se encuentran los derechos individuales, políticos, y económicos, sociales y culturales<sup>9</sup>.

En definitiva, el modelo dualista en Peces-Barba se caracteriza por concebir a los derechos como instrumentos éticos y jurídicos, por subrayar su dimensión histórica y, también, por presentarlos como forma de legitimación del Poder y de defensa de una determinada concepción de los seres humanos. Para hablar de derechos fundamentales, según este modelo, se hace necesario estar en presencia de figuras que posean una justificación ética y que además estén incorporadas al Ordenamiento jurídico. Los derechos son pretensiones incorporadas al Ordenamiento jurídico que poseen una justificación moral. En este sentido, el modelo presupone una determinada concepción de la moralidad y del Derecho, incidiendo en la importancia del Poder, como instrumento necesario en la comunicación entre el mundo ético y el jurídico<sup>10</sup>.

Vistas así las cosas, realmente, hablar de dualismo puede resultar paradójico. El dualismo no se caracteriza, en sentido estricto, por manejar una concepción de los derechos que tenga en cuenta únicamente dos ámbitos, el moral y el jurídico, sino que amplía esos referentes prestando atención también a los ámbitos político y social. El término dualismo surge para diferenciar esta postura de aquellas otras susceptibles de identificar como monistas y que limitan su concepción de los derechos bien al campo de la moral (siendo ejemplo más común el de las posiciones iusnaturalistas) bien al campo del

<sup>7</sup> PECES-BARBA, G.; *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 328.

<sup>8</sup> Vid. PECES BARBA, G.; *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 95.

<sup>9</sup> Vid. PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 335. Vid. también del mismo autor, “Socialismo y Estado de Derecho”, en *Libertad, Poder y Socialismo*, Civitas, Madrid 1978, pp. 163 y ss.

<sup>10</sup> Vid. PECES-BARBA, G.; *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 11, Dykinson, Madrid 1999.

Derecho (siendo el ejemplo más común el de las posiciones positivistas). Pero más allá de ello, la denominación puede resultar errónea ya que como acabamos de señalar, las posiciones dualistas van más allá.

En todo caso, el mantenimiento del término puede entenderse también si tenemos en cuenta la dificultad existente de explicar la moral y el Derecho sin hacer referencia a lo social o a lo político. Y seguramente esto es lo que explica la utilización del término. Como he señalado, la concepción de los de nuestro autor se enmarca en una determinada concepción sobre el Derecho, que no puede ser explicada sin hacer referencia a lo social y lo político, por lo que ambas dimensiones pertenecen, al menos, a la dimensión jurídica que, por otro lado, pretende presentarse como iuspositivista.

La complejidad del planteamiento dualista trae consigo la posibilidad de que dentro de este tipo de propuestas existan posiciones diferentes según la concepción que se maneje sobre los diferentes ámbitos que integra. En este sentido, se ha afirmado que dentro de los planteamientos dualistas caben posiciones liberales y republicanas, pero también iusnaturalistas y positivistas.

Gregorio Peces-Barba es normalmente encuadrado dentro del positivismo jurídico y, de esta forma, su concepción dualista se suele situar en ese ámbito. No obstante, es también común afirmar que el dualismo pretende ser un planteamiento intermedio entre el iusnaturalismo y el positivismo. Y, por otro lado, como ya he señalado, una de las formas de caracterizar el dualismo consiste, precisamente, en diferenciarlo de estas dos concepciones. En este sentido, parece oportuno detenerse brevemente en la compatibilidad entre dualismo y positivismo jurídico.

La descripción más aceptada del positivismo jurídico es la de H.L.A. Hart, quien caracterizaba a éste por la defensa de tres tesis: la de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, la de las fuentes sociales del Derecho y la de la existencia en determinados supuestos de discrecionalidad judicial<sup>11</sup>. No obstante, se trata de una caracterización discutible e incompleta, ya que deja fuera aspectos esenciales que sirven para identificar al iuspositivismo, como la concepción sistemática del Derecho o la asignación de funciones al mismo o el papel del Poder político, y utiliza otros que poseen un

---

<sup>11</sup> Vid. HART, H.L.A.; "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, *Sistema*, 36, 1980, pp. 3 y ss.



significado y alcance problemático, como la referencia a las fuentes sociales del Derecho<sup>12</sup>.

En todo caso, y moviéndonos en el plano teórico, el positivismo jurídico propone una forma de entender el Derecho, que en su sentido más básico ha sido descrito tradicionalmente apelando al binomio norma y fuerza, y destacando el elemento volitivo. Esta caracterización del Derecho supone que detrás de toda norma hay una voluntad, que es jurídica en la medida en que esté respaldada directa o indirectamente por la fuerza del Poder político. Sin embargo, esta forma de describir el iuspositivismo es insuficiente y simplificadora. La descripción del Derecho no puede desenvolverse única y exclusivamente en términos de voluntad política. El iuspositivismo empapa esas dimensiones con ciertas dosis de racionalidad, incorporando la idea de sistema y asignando, al menos, una función específica al Derecho: la organización y dirección de la vida social.

Esta posición sobre el significado del Derecho posee así tres grandes referentes: la idea de sistema normativo, el respaldo del Poder político y la consideración de que su principal función es el logro del control social. Este concepto de Derecho implica que son condiciones necesarias para hablar de Derecho, la existencia de un sistema de normas destinadas a ejercer un control social y apoyadas en el Poder político. De esta manera surgen una serie de exigencias o de rasgos que todo Derecho debe respetar para poder ser considerado como tal. Se trata precisamente de lo que en otros lugares he denominado como "rasgos de lo jurídico"<sup>13</sup>.

Junto a lo anterior, el positivismo jurídico se caracteriza también por la defensa de una conexión aleatoria o contingente entre el Derecho y la moral (es decir, todo Derecho expresa una opción moral, pero no hay unos contenidos determinados de moralidad que necesariamente deban estar presentes en un Derecho para ser considerado

---

<sup>12</sup> Ciertamente podemos pensar que estos rasgos son especificaciones de los otros o que no son esenciales al positivismo en general sino que expresan una concepción iuspositivista concreta. Sin embargo, la referencia a las fuentes sociales no se entiende sin la existencia de filtros, en el sentido de que no todo mandato que de hecho se acepte o se cumpla es Derecho para el positivismo jurídico. Este planteamiento presume otra serie de rasgos que determinan que sólo son Derecho algunos mandatos que tienen su origen en fuentes sociales.

<sup>13</sup> Vid. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999, p. 46.

como tal), y por la consideración que el criterio último de validez normativa es formal.

Es importante advertir que el positivismo jurídico es un planteamiento que se desenvuelve en el ámbito de la Teoría del Derecho, esto es, implica una toma de postura sobre el concepto de Derecho; por su parte, el dualismo es un planteamiento que implica una toma de postura sobre el concepto de los derechos. Vistas así las cosas, se trata de dos planteamientos que se proyectan sobre realidades distintas que sólo encuentran relación en aquellas posiciones para las que, o bien el concepto de Derecho necesita de los derechos, o bien el concepto de los derechos necesita del Derecho. Ambos pronunciamientos están presentes en la obra de Peces-Barba.

En efecto, como ya fue apuntado, una de las claves para entender la propuesta dualista consiste en afirmar su necesaria juridificación. En este punto, no está del todo claro si esa necesaria juridificación supone que no quepa hablar de derechos cuando estos no están reconocidos en un Ordenamiento jurídico. Ciertamente, el dualismo de Peces-Barba parece afirmar lo anterior. Sin embargo, la cuestión no está tan clara si se pone en relación con el concepto de Derecho que maneja nuestro autor y que está condicionada por el papel que desempeña la ética pública. La ética pública es para Peces-Barba una moral procedimental que se ha ido originando en la historia de la humanidad y que, tomando como fundamento la dignidad del ser humano, establece un conjunto de criterios que organizan la sociedad, apoyados en los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, para que los individuos puedan autónomamente desarrollar su ética privada, esto es, las conductas que les permitan alcanzar la salvación, la virtud o la felicidad<sup>14</sup>. Se trata de una moralidad que tiene vocación de ser asumida por el poder político y de incorporarse al Derecho positivo, para orientar sus fines y contenidos. Para el profesor de la Universidad Carlos III, los derechos expresan y condicionan a su vez la discusión moral pública, presentándose como instrumentos que poseen un sentido procedimental al favorecer el logro de diferentes planes de vida, sin que ello signifique que expresan modelos de vida buena o de virtud individual y privada.

En este sentido, la ética pública en Peces-Barba se identifica con su teoría de los derechos. Ahora bien, ¿es posible plantear un concepto de Derecho sin tomar como referencia la ética pública? Salvo al-

---

<sup>14</sup> Vid. PECES-BARBA, G.; *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 538 y 83.

gún pronunciamiento confuso<sup>15</sup>, la contestación de Peces-Barba es afirmativa. El concepto de Derecho que maneja nuestro autor, no establece una conexión cierta y necesaria con la moral (ni aún entendida ésta como ética pública). En este sentido, su teoría del Derecho parece ser fiel al positivismo jurídico al menos en lo que se refiere al manejo de una concepción del Derecho de carácter sistemático, vinculada al ejercicio del control social y, a pesar de la importancia de los derechos, que no posee una conexión cierta o necesaria con la moral.

Sin embargo, el último de los caracteres que he asociado al positivismo jurídico, el de la prevalencia de los criterios formales de validez, choca con la caracterización de Peces-Barba del Derecho como sistema mixto. Cuestión ésta que se conecta con la capacidad del positivismo jurídico para describir Ordenamientos jurídicos con derechos, dado que éstos funcionan, normalmente como criterios de validez de las normas.

En la actualidad, al positivismo jurídico se le plantean una serie de retos. Entre ellos, los dos principales, tienen que ver con la posibilidad de dar cuenta del funcionamiento de los llamados criterios de validez normativa material (representados por las normas de derechos fundamentales), que lleva a aparejado el de la posibilidad o no de explicar la existencia de límites en la decisión del último órgano. Y todo ello sin dejar a un lado la defensa de la conexión aleatoria o contingente entre el Derecho y la Moral y desde la visión del Derecho como herramienta de control social. En este sentido, el reto que se le plantea al iuspositivismo es el de ser capaz de explicar el funcionamiento de los llamados Estados constitucionales<sup>16</sup>. El otro gran reto, estrechamente conectado con el anterior, radica en justificar una teoría de la discrecionalidad interpretativa que al mismo tiempo defiende el carácter indeterminado de las normas que se refieren a cuestiones materiales (como por ejemplo las normas de derechos fundamentales) y el carácter determinado de las normas que se refieren a cuestio-

---

<sup>15</sup> Vid. PECES-BARBA, G.; "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 11, Dykinson, 1999, p. 125 (trabajo que se publicó como epílogo a la primera edición de la obra de G. Zagrebelsky citada *El derecho dúctil*, pero que, sin embargo, no ha aparecido en sucesivas ediciones).

<sup>16</sup> Al respecto vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; "Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional", en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, (2), Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 255-272.

nes formales (relativas por tanto a la competencia para crear o aplicar normas y al procedimiento a seguir en esas tareas). En ambos casos, está presente la dificultad de entender al sistema jurídico como un sistema mixto.

Como se sabe, esta denominación tiene su origen en la ya clásica diferenciación kelseniana entre sistemas estáticos y dinámicos. De manera muy resumida, dicha distinción planteaba la existencia de sistemas normativos cuyo criterio de validez o de pertenencia tenía que ver con el contenido (los estáticos) y de sistemas normativos cuyo criterio de validez o de pertenencia tenía que ver con la competencia y el procedimiento (los dinámicos). En este sentido, en la actualidad se plantea la posibilidad de referirse a sistemas mixtos, en el sentido de sistemas normativos cuyos criterio de validez o de pertenencia tienen que ver tanto con el contenido como con la competencia y el procedimiento, siendo el Derecho uno de ellos<sup>17</sup>.

Pues bien, lo relevante de esta consideración del carácter mixto del sistema, o lo problemático, aparece en el ámbito de la interpretación de la Constitución y más en concreto en la forma de calificar como válida una decisión de ese tipo entre las posibles. La consideración del Derecho como un sistema mixto implica que la decisión válida sobre el significado de una norma constitucional descansa no sólo en criterios formales sino también en criterios materiales. El intérprete de la Constitución no sólo tiene que ser competente para que su decisión sea válida, sino que ésta debe no contradecir unos contenidos. Por tanto, el intérprete de la Constitución posee unos referentes materiales a la hora de atribuir significado al texto constitucional.

Vista así las cosas, la defensa del carácter mixto del sistema jurídico puede llegar a suponer la apertura del Derecho a referentes éticos concretos en el ámbito de su propio funcionamiento y, por tanto, ser incompatible con el positivismo jurídico.

En todo caso, hay tres grandes posiciones detrás de esa concepción. Por un lado, aquella que asume que esos referentes extrajurídicos constituyen un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un Derecho natural, suministrando este Derecho natural

---

<sup>17</sup> La reflexión sobre la posibilidad o no de defender la idea de Derecho como sistema mixto en el ámbito del positivismo jurídico es objeto en la actualidad de un interesante análisis dentro de la filosofía del Derecho. Al respecto vid. por todos CUENCA GÓMEZ, P.; *Los contenidos materiales en el Derecho: el sistema jurídico como un sistema normativo mixto*, Dykinson, 2008 (en prensa).

o teoría ética una serie de contenidos delimitadores de las opciones interpretativas; por otro aquella que simple y llanamente considera a esos referentes desde el propio enunciado constitucional como criterios extraídos del lenguaje, o mejor, de la lengua en la que se expresa el Derecho, que no puede considerarse como completamente indeterminada; por último, aquella que sin tomar como referencia un Derecho natural o una teoría ética, y asumiendo la existencia de significados en las normas, consideran que esos límites valen no por el hecho de estar juridificados sino por su naturaleza moral.

Estas tres posiciones pueden enfrentarse al positivismo jurídico. Ahora bien, mucho más la primera y la tercera que la segunda. En efecto, la primera vendría a declarar la validez normativa de una decisión sobre derechos por su concordancia con una determinada idea de moralidad (pública o privada) no necesariamente explicitada en las normas. La tercera condicionaría la validez a la concordancia con el significado propio del precepto, pero la validez de éste se produciría, también por su concordancia con una determinada idea de moralidad (pública o privada). En cambio, la segunda podría escurrirse en un requisito propio de cualquier sistema jurídico, en lo que he denominado como un rasgo de lo jurídico. Esta posición, al igual que la anterior condicionaría la validez a la concordancia con el significado propio del precepto, que se consideraría válido por el hecho de haber sido creado por un órgano competente, por la voluntad de este órgano.

Imaginemos que existe un enunciado constitucional (i) que señala: "Queda abolida la pena de muerte". Pues bien, imaginemos que el máximo y último intérprete de la Constitución (da igual en este caso que sea el legislador o el juez), resuelve un caso llevando a cabo una interpretación de (i) a través de la cual se permite la pena de muerte. Parece que se trataría de un caso poco dudoso de no respeto a los límites de significado de los términos del enunciado. Sin embargo se trata de la decisión del último órgano competente. En este sentido, en principio, un planteamiento iuspositivista tendría dificultades para considerar como inválida esta decisión. Sólo existirían tres caminos. Uno de ellos se desenvolvería en el plano de la ficción, y vendría a sostener que realmente el significado de los términos el enunciado aparece cuando el órgano decide<sup>18</sup>. En este sentido, siempre se

---

<sup>18</sup> Este es el camino que seguí en *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 141 y 142.

respetar el significado del precepto. Sin embargo, conviene apuntar que este camino hace inútil el enunciado que se toma como referencia y por extensión puede llevar también a hacer inútil la propia idea de sistema. El segundo camino ciertamente relacionado con el anterior iría en la línea de afirmar que con esta decisión lo que se ha producido es un cambio de sistema jurídico. Los órganos últimos competentes pueden decidir de esta forma alterando el sistema jurídico. Ahora bien, tanto éste camino como el primero presentan el problema de regreso al infinito. En efecto, pensemos que en un caso posterior, ya con ese nuevo sistema, el último órgano competente u otra instancia deciden resolver un caso afirmando que la pena de muerte está abolida, sin que nadie recurra esa decisión. Nos veríamos obligados de nuevo a pensar que se ha producido un cambio en el sistema, efectuado por un órgano que podría incluso no ser el último competente. Y ya puestos, podríamos pensar en el órgano que ejecuta la sentencia y que la interpretara de manera distinta. En todo caso, estos caminos dificultarían entender el Derecho como técnica de control social, y, además, alterarían en la práctica de manera sustancial la jerarquía normativa (que es un rasgo esencial del Derecho). El tercer camino nos llevaría a considerar que esa actuación es inválida por no respetar las exigencias propias de la idea de Derecho, es decir, por las reflexiones que acabamos de realizar. Ciertamente esto significaría que en determinados casos, como el aquí expuesto, la decisión válida no sería sólo la del órgano competente sino que además estaría afectada por algún límite.

En este sentido, cuando se afirma la prioridad del criterio formal de validez, como rasgo propio del positivismo jurídico, lo que se quiere decir es, en primer lugar, que la determinación de los criterios de validez últimos del sistema jurídico descansan en una decisión del órgano competente (la Constitución es obra de la voluntad del órgano competente). A partir de ahí, y en lo que a la asignación de significado del enunciado constitucional se refiere por parte del órgano competente, su actividad en ocasiones es altamente discrecional, pero no totalmente, y en caso de posibles opciones en la decisión compatibles con las exigencias de validez antes apuntadas, prevalecerá la que el órgano competente establezca.

De esta forma, y con esos límites, es posible integrar la concepción mixta del Derecho en el iuspositivismo. Ahora bien, siendo conscientes, por un lado, del escaso contenido determinado de los criterios materiales, y de su relevancia no por su posible o supuesto

carácter moral, sino lisa y llanamente, por el hecho de estar incorporados en las normas superiores<sup>19</sup>. Mas allá de lo anterior, el iuspositivismo sólo puede dar cuenta del carácter mixto del sistema jurídico desde la diferenciación entre validez y corrección.

En todo caso, para entender mejor lo anterior, es pertinente hacer tres consideraciones. La primera es que ejemplos de enunciados y de interpretaciones tan claros como el anterior son muy poco comunes; la segunda es que difícilmente en el Derecho se producen decisiones de este tipo. La tercera afecta a una cuestión algo más problemática. Se trata de la posible determinación de las normas que establecen criterios formales de validez.

En efecto, hemos estado hablando de la existencia de criterios materiales de validez, desde la consideración de su carácter indeterminado, dando por descontado el carácter determinado de los criterios formales de validez. Pues bien, este enfoque podría cuestionarse planteando el posible carácter indeterminado también de estas normas que establecen los criterios formales de validez. Que duda cabe que no es posible afirmar que las normas que establecen competencias son completamente determinadas y, en consecuencia, es posible plantear situaciones en las que no esté claro quien es el órgano competente para decidir. Esto implicaría que puede darse casos en los que el significado de un precepto esté en manos del órgano competente, pero que no se supiera quien es el órgano competente. Con ello, lo que quiero afirmar es que los criterios formales de validez pueden ser también indeterminados.

Visto lo anterior, al positivismo jurídico sólo le quedarían dos opciones. La primera consistiría en hacer descansar el Derecho, en este caso la validez de la decisión, en la fuerza del órgano que la emite (sea este el que fuera). La segunda en defender algún grado de determinación en este tipo de preceptos. La primera de las vías iría en contradicción con algunos de los postulados que hemos aquí asociado al positivismo, tales como la idea de sistema o la consideración del Derecho como instrumento de control social. Además, llevaría a identificar el Derecho con cualquier tipo de mandato coactivo. La se-

---

<sup>19</sup> Vid. en este sentido ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 2, Dykinson, Madrid 1997, pp. 18 y 19. Vid. también, BARRANCO AVILÉS, M.C.; *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 1999, pp. 244 y ss. Sobre este tema desde la óptica del formalismo vid. RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.

gunda permitiría seguir manteniendo esos postulados. No obstante, el problema de esta segunda vía es como demostrar la existencia de esos límites.

Así parece que un mínimo de determinación es necesario, aunque sea indemostrable que exista y aunque sea imposible garantizarlo. La interpretación jurídica en general y, por tanto también la constitucional, se desarrolla como si existiera un significado mínimo incontrovertido. El respeto a ese significado mínimo constituye una idea regulativa de la interpretación que, en la práctica, puede llegar a funcionar como una ficción, pero que en todo caso, es una exigencia racional y conceptual del propio Derecho.

Una vez realizadas estas consideraciones, y dentro de sus límites, la conclusión es clara: el iuspositivismo no puede aceptar que sea Derecho cualquier norma, ni que valga cualquier interpretación. Eso sí, lo que tampoco puede aceptar es que la validez de la interpretación descansa en su concordancia con una idea de Derecho natural o de moralidad no deducible del marco normativo vigente. Y esta parece ser la posición de Peces-Barba.

En efecto, Gregorio Peces-Barba se presenta como un exponente del positivismo jurídico renovado o corregido. Para él, el Derecho es un sistema complejo y abierto de normas e instituciones, apoyado en el Poder (entendido en sentido amplio, es decir, compuesto por fuerzas políticas, sociales y económicas), y susceptible de ser identificado a través de unos criterios formales (procedimentales) y materiales (de contenido).